POR EL DOCTOR PEDRO GARCIA RAMOS CAPELLAN PERPETVO DE LA CAPELLANIA QVE FVNDO PEDRO MAGO DE MORALES;

EN EL PLEYTO

QVE DON AGVSTIN FARFAN DE LOS GODOS SIGVE contra los Albaceas y Comissarios de Doña Maria Manrrique de Lara, viuda.

POR Tener entendido V. S. el Hecho deste pleyto, escusarè repetirlo, contentandome con dezir q̃ Pedro Mago de Morales fue Comissario in solidum de la dicha Doña Maria Manrrique, cõ quien dixo tenia comunicado particularmente el descargo de su conciencia, la qual nombrò tambien por su Comissario a Iuan de Escroten, y otro, y les dio poder in solidum para que hiziessen su testamento, y hazer las mandas y legados que les pareciesse, y en la forma, y a las personas que les auia comunicado y les pareciera, aunque excediessen del quinto y mitad de sus bienes, y para instituir como instituye a su alma por heredera, para q̃ su hazienda se gastasse y distribuyesse en Missas y Sacrificios, en la forma q̃ les pareciera a los dichos sus Albaceas, y a qualquiera dellos in solidum, y les dio todo el poder que de Derecho se requiere, para que valga todo lo que en virtud del se hiziesse por los dichos sus Albaceas, o qualesquier dellos in solidum, con libre y general administracion, y tan bastante con

 las

las clausulas y firmezas que de Derecho se requieren, y seañ necessarias, de forma que por falta de poder no dexe de tener efecto todo quanto sus Albaceas, y qualesquier dellos in solidum obrassen, hiziessen, y dispusiessen porque todo quiso que valiesse, como si la testadora por si la otorgàra, hiziera, y dispusiera, porque asi lo fiaua de sus conciencias, y de qualquiera dellos. Todas las quales son palabras formales de el dicho poder.

Esto supuesto, y lo demas del Hecho deste pleyto, que V.S. tiene entendido, de el infiero vna conclusion cierta que procurarè breuemente probar en este papel, para que se reforme la sentencia de Vista, y reuoque el auto difinitiuo del Teniente, y su Acompañado.

La conclusion es, que el testamento que otorgò el dicho Pedro Mago de Morales, en virtud del dicho poder que se halla executado, vale, y no contiene nulidad alguna.

La referida conclusion se prueba. Lo primero, porque el dicho Don Agustin Farfan no es parte para poderle impugnar, antes por el mismo caso que lo ha fecho, es indigno del legado que por el se mandò, siendo asi que ni es heredero forçoso, ni la dicha testadora tuuo obligacion de darle parte alguna de sus bienes, a el qual el dicho Pedro Mago de Morales no le pudo dexar mas de lo que la dicha testadora, en el testamento que auia otorgado le dexaua, que fueron veinte ducados, etiã que tuuiesse facultad tan amplia como se ha visto, porque esta se entiende en las cosas y casos que no auia manifestado su voluntad, no empero en el que se conocia, como en la cantidad que quiso huuiesse de sus bienes el dicho Don Agustin Farfan. Bien prueba este intento la ley 3. tit. 10. partit. 6. ibi: *Si el tal fazedor del testamento mandasse dar a personas ciertas de lo suyo algunas cosas señaladas, o cierta quantia de marauedis, e todos los otros bienes que huuiesse dexasse en mano de alguno que estableciesse por su testamento, otorgandole poder que él segun su aluedrio los partiesse, tal testamento como este non puede dar mas a ninguna de aquellas personas ciertas de quanto él le mandò dar señaladamente en su testamento, maguer viesse el que alguno dellos era muy pobre, e seria bien darle mas de aquello que le auia mandado el testador.*

Lo qual procede aunque no huuiera nombrado herederos la susodicha, como nombrô por su heredera vniuersal a su alma,

ma, y tuuiera derecho de sucederle ab intestato el dicho Don Augustin, porque la dicha testadora no hizo mencion particular del en el dicho poder, conociendole por su pariente pobre, y siendole muy facil, ex adductis à Tello Fernãdez in l. 32. Tauri num. 1. & 2 ibi: *Quod quando sciuit habere hæredes ab intestato, tunc potest Commissarius, cui distributio commissa est omnia in opera pia exponere, quia cùm testator sciuerit eos habere, nec eorum mentionem fecerit, visus est velle omnia sua bona inter pauperes distribui.* Con Thomas Sanchez lib 4. cap. 2. dubio 45. num. 4. con Moral.

El qual dicho Agustin Farfan, por la razon referida de no ser parte para impugnar el dicho testamento, debio repelerle el Iuez de su oficio, y no admitirlo como lo hizo. Tuscho lit. E. conclus. 380. num. 19. tanto mas sin auer justificado su pedimiento.

Lo segundo, porque el Teniente no pudo, ni debio impedir al dicho Pedro Mago de Morales el vso del dicho poder, ni de su decreto se causò litispendencia, porque demas de no ser parte el dicho Agustin Farfan, su decreto fue ninguno por dos razones. La primera, porque ningun pleyto se puede empezar por sequestro, ni despojo. l. 1. C. de prohibit. sequestr. pecun. l. 2. tit. 13. lib 4. recop. Ceballos tom. de las fuerzas. q. 11. n. 16

La segunda, porque no tuuo jurisdicion alguna en este caso, porque en esta se concede al Iuez que eligen los Comissarios estando actualmente desconformes en hazer el testamento, auiendo muchos con igual jurisdicion, como son los Tenientes de Seuilla, sino es que debieran acompañarse con el Assistente, o su Teniente mayor, ex l. 38. Tauri, quæ est l. 12. tit. 4. l. 5. recopil. pero no de oficio, ni a pedimiento del dicho Agustin Farfan, que ni era heredero forçoso, ni testamentario, ni tenia derecho para apremiar a los dichos Comissarios a que hiziesan el dicho testamento, los quales podian dexarle de hazer si quisieran. l. 36. Tauri, quæ est 10. tit. 4. l. 5. Recopil. ibi: *O porq̃ no quiso.*

Y no siendo parte el dicho Don Agustin, ni teniendo jurisdicion alguna el Teniente para introduzirse en este caso sin ser llamado, elegido, ni requerido por alguno de los dichos Comissarios, obrò con notoria nulidad en quererlo despojar de la libertad que por las dichas leyes de Toro se le concede de hazer, o dexar de hazer el testamento, y en mandarles que acudiessen

diessen a su casa a hazerlo, y estuuo tan lexos de causar este prẽcepto, atentado, que si el Iuez le huuiera puesto en execucion, contra el debian ser restituidos en su libertad, cap. conquerente 6. de restit spoliat. ibi: *Spoliatus etiam à iudice iuris ordine prætermisso, ante omnia restituitur.*

De que se sigue no auerse causado litispendencia, ni auer sido atentado lo que despues del hizo el dicho Pedro Mago de Morales. Clementina in cap. 2. vt litependente, ibi: *Cùm litependente nihil debeat innouari litem quoad hoc pendere censemus, postquã à Iudice competenti in ea citatio emanauit,* vbi communiter DD. & nouissimè Augustinus Barbosa.

Antes se pudiera dezir, que si el dicho Iuez fuera llamado por parte legitima, y los dichos Comissarios no fueran como son in solidum, con igual potestad cada vno a la que tuuo el testador, sino que ambos fueran nombrados acomulatiuamẽte, el mandato del dicho Iuez no causaua atentado, ni nulidad de aquello que despues del se hiziesse, sino que fue necessario para que el dicho Pedro Mago de Morales pudiera hazer el dicho testamento por si solo, ex dict. l. 38. Tauri, ibi: *Quando el testador dexare dos, o mas Comissarios, si alguno, o algunos dellos requeridos no quisieren, o no pudieren vsar del dicho poder.* porque este requerimiento ha de ser judicial, vt notant DD. ibi, præcipuè Azebedo ex authent. hoc amplius. C. de fideicommiss. & l. 8. tit. 10. partita 6. vbi gloss. siendo amonestados.

El qual dicho testamento pudo tanto mas hazer el dicho Pedro Mago de Morales, por auerse desistido como se desistio del dicho poder el dicho Iuan de Escroten, ante vn Escriuano publico, como consta de su desistimiento, que està inserto en e dicho testamento, por ser acto libre el hazerlo, o dexarlo de hazer, segun las dichas leyes 36. y 38. de Toro q̃ se han referido

Y lo que mas es, aunque no le huuiera renunciado, com renunciò, sino acceptado expressamente, no auiendo acudido a hazerlo. Thomas Sanchez dict. l. 4 cap. 1. dubio 4. nu. 7 ibi: *Quartò nota, quòd illud nolente altero executore procedit, siue nollit ante deceptatum officium, siue post acceptatum, vt patet ex dict. §. sanè. Vnde licèt officium executoris non sit voluntarium post acceptationem quoad effectum, vt nec possit cogi, at est voluntarium quoad hunc effectum, quod alio nolente potest alius exequi. Sic Francus in dict. §. sanè, & ibi Archidiacon.*

Y co.

Y con mayor razon le pudo hazer en virtud del poder y facultad in solidum que tenia, preuiniendo a su compañero para que no se pudiera introduzir en ello, cap. 8. de procurat in 6. Gratiano discept. forens. cap. 201. num. 3. Tuschus litera E. conclus. 536. & litera P. conclus. 519. Galeota lib. 2. cōtroue. 32. nu. 1.

Y no siendo el pleyto y demanda, que mouio el dicho Don Agustin, sobre que el dicho Iuan de Escroten acceptasse el dicho Albaceazgo, y no se desistiesse de el, ni de que por si solo queria testar, como lo hizo el dicho Pedro Mago de Morales, sino de que estauan disconformes en la disposicion, y conuernia que el Theniente los pusiesse en paz, para que conformemente le mandassen parte de su hazienda en perjuyzio de su disposicion, por obviar este inconueniente y pleyto, pedo muy bien el vno desistirse, y el otro hazer el testamento, n q̄ realmente se conformaron citra vitium attentati, por serlo q̄ se pretendia y debia pretender por la dicha demanda, y no auer como no ay atentado secundum, vel præter litem, sed contra Lanceloto de attentat. 2. p. cap. 4. declarat 1. nu. 4. o ser diuerso caso del preuenido, y pretendido en la dicha demanda Lanceloto vbi supr. 2. p cap. 4. de attent. lite pendente, num. 1. ibi: *Secundò principaliter dicta regula quoad actus facti litependente regulariter sint attentati, limitatur procedere quando est causa diuersa, & actus gestus qui prætenditur, attentatus non respicit, aut tangit causam illam, quo iuditio pendet stricta: est enim iuris regula, quod ex diuersis nō fit illatio. l. Papinianus exul i. ff. de minoribus: & regulariter illi iuditio, cui non obest sententia, nec etiam litispendentia obest. l. sed si ante. ff. de except. & in proprijs terminis nostris, quod attentata non extendantur ad causas diuersas, aut diuersas personas; eleganter deducit Ruino.* Y otros lugares y decisiones de la Rota que refiere.

Y quando menos ajustadamente huuieran procedido los dichos Comissarios, cosa que no se podrà ajustar siendo el alma heredera, y en su beneficio fundada esta Capellania, cuya renta escasamente podrà ser de cinquenta ducados, mas o menos, por ser esta hazienda muy corta, como consta del inuentario, que està en este pleyto, y la casa finca desta Capellania està grauada con 48. ducados de tributo, como consta de la declaracion de Pedro Mago de Morales fol. 117. Mas conueniencia y conforme a su voluntad es sustentarla, quia testator magis

 cense-

censetur diligere animá suam, quàm propinquos, cùm anima cunctis rebus, & personis debeat anteponi. C. cùm infirmitas de pœnit. Mantica de coniect. lib. 5. tit. 15. num. 34. vbi nu. 36. dicit, quod fauorabilior est pia causa, quâm liberorum, & fauorabilior est Deus, quàm filius: que destruirla, dexando como serà preciso esta disposicion en manos de vn Flamenco solo, que la destruya y diuida conforme su apetito, y el de los parientes, sin auer quien le vaya a la mano, por ser testamentario in solidum, y estar como està preso en la Inquisicion el dicho Pedro Mago de Morales, y por lo mismo impedido de poder asistir.

Ex quibus parece quedarà ajustada, y probada la conclusion que propusimos, y la pretension de esta parte en orden a que la sentencia de vista se enmiende, y reuoquen los autos de el Teniente y su Acompañado, mandando se guarde el testamento que hizo el dicho Pedro Mago de Morales.

Y en quanto al codicillo que despues otorgò el dicho Pedro Mago de Morales, reformando en parte el testamento, no se satisfaze, porque no se suplicò de la sentencia de Vista en esta parte, por ser conforme a la sentencia de Toro, que es la 9. tit. 4 lib. 5. de la Recop.

Doctor Bernal Carrillo.